

OCJENA VERTIKALNIH KONCENTRACIJA EUROPSKE KOMISIJE NAKON STUPANJA NA SNAGU SMJERNICA ZA OCJENU NEHORIZONTALNIH KONCENTRACIJA – na primjerima odluka *TomTom/Tele Atlas* i *Nokia/NAVTEQ*

Tea Jagić, dipl. iur.*

UDK 339.137.27(497.5)

347.776(497.5)

339.923:061.1](4)EU

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2010.

Autor daje pregled razvoja pravnih pravila, važnih odluka Europske komisije i presuda Sudova u ocjenama koncentracija u Europskoj uniji, fokusirajući se na modernizirani pristup u ocjeni koncentracija koji je nastao 2004. godine. Nadalje, u radu se razjašnjava podjela nehorizontalnih na vertikalne i konglomeratne koncentracije te njihovi specifični pozitivni i možebitni negativni učinci, s posebnim osvrtom na pretpostavku prevage pozitivnih nad negativnim učincima takvih koncentracija. Nadalje, autor detektira, na primjerima odluka u postupku ocjene koncentracija na tržištu novih tehnologija između poduzetnika TomTom/Tele Atlas i Nokia/NAVTEQ, eventualne negativne učinke koji bi se, prema mišljenju Europske komisije, mogli javiti nakon provedbe predmetnih vertikalnih koncentracija, iako u konačnici sukladno odluci Europske komisije oni nisu mogli znatno utjecati na učinkovito tržišno natjecanje. Konačno, u svjetlu neznatnog broja zabranjenih koncentracija uopće, a upravo zbog činjenice da one u većini slučajeva ne mogu znatno ograničiti tržišno natjecanje, zbog nepobitne činjenice da vertikalne koncentracije omogućavaju nastanak velikog opsega koristi, s posebnim naglaskom na inovacije, autor drži da ne postoji vjerojatnost da će, posebice na tržištu novih tehnologija, u vrijeme prijave namjere koncentracije one proći na "SIEC-u" i trostrukom testu (sposobnosti/motiva/utjecaja), te će zbog toga biti zabranjene. Takve će koncentracije rezultirati koristima u obliku inovacija te će imati pozitivne učinke na tržišno natjecanje, odnosno u konačnici na potrošače. Ključne riječi: nehorizontalne koncentracije, vertikalne koncentracije, Europska unija, tržište novih tehnologija, inovacije

* Tea Jagić, dipl. iur. asistentica Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb

1. UVOD

Uzimajući u obzir dosadašnji pomak u ocjeni nehorizontalnih koncentracija Europske komisije, autor će u ovom radu prikazati razvoj ocjene koncentracija u Europskoj uniji, detektirati koji su to mogući pozitivni, ali i negativni učinci vertikalnih koncentracija, sukladno Smjernicama, te analizirati dvije odluke Europske komisije o prijavi namjere vertikalnih koncentracija poduzetnika koji djeluju na tržištu novih tehnologija,¹ u kojima je u praksi vidljiva primjena Smjernica za ocjenu nehorizontalnih koncentracija na temelju Uredbe Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika (dalje: Smjernice).²

Prva je odluka o prijavi namjere koncentracije između poduzetnika *TomTom* i *Tele Atlas*³, koja je ocijenjena dopuštenom 14. svibnja 2008. godine, a druga između poduzetnika *Nokia* i *NAVTEQ*⁴, koja je 3. srpnja 2008. godine također ocijenjena dopuštenom.

Spomenute su odluke specifične, te stoga i odabrane za analizu u ovom radu, zbog nekoliko razloga. Prvo, obje ne samo da su "školski" primjer vertikalnih koncentracija već se obje tiču istog mjerodavnog tržišta digitalnih karata, koje je duopolnog karaktera. Drugo, paralelno ih je ocjenjivala Europska komisija, ali i nadležna američka tijela. Treće, obje je dopustila Europska komisija, iako se može bitno javila mogućnost razmatranja njihove uvjetne dopuštenosti, s određenim strukturnim mjerama i mjerama ponašanja. Četvrto, predstavljaju, uz odluku o koncentraciji poduzetnika *Google* i *DoubleClick*,⁵ pionirsku primjenu netom objavljenih Smjernica⁶ Europske komisije o nehorizontalnim koncentracijama, te dosadašnju kulminaciju u pomaku ocjene vertikalnih koncentracija.

¹ Za potrebe ovog rada autor će kao generični pojam koristiti pojam novih tehnologija, koje, osim ostalih uključuju tržišta internetskih tehnologija (IT) i tržišta visokih tehnologija (*high-tech*).

² Službeni list C 265, 18. listopada 2008.

³ COMP/M.4854-*TomTom/Tele Atlas*

⁴ COMP/M.4942-*Nokia/NAVTEQ*

⁵ COMP/M.4731-*Google/DoubleClick*

⁶ Na stranicama Europske komisije Smjernice su objavljene krajem 2007. godine, a tek krajem 2008. godine objavljene su u Službenom listu: Official Journal (2008) OJ C265/6

2. RAZVOJ OCJENE KONCENTRACIJA U EUROPSKOJ UNIJI

Rimskim ugovorom⁷ iz 1957. godine, kojim je osnovana Europska ekonomska zajednica, posebno su regulirani, u području prava tržišnog natjecanja, zabranjeni sporazumi i zlouporaba vladajućeg položaja. Tek je 1989. godine Europska komisija postala regulatorno tijelo za ocjenu koncentracije, i to Uredbom Vijeća 4064/89⁸, otkada je vidljiv početak znatnog razvoja njezine ocjene (*competitive assesment*) koncentracija, koje su (konačno) od 2008. godine potkrijepljene sofisticiranom ekonomskom analizom u postupcima ocjene nehorizontalnih koncentracija.

Taj je pomak nastao 2004. godine uspostavom osnovnih načela od strane Suda Europskih zajednica, pri ocjeni nehorizontalnih koncentracija u predmetu *Komisija protiv Tetra Laval BV*.⁹ Nadalje, nastavljen je godinu poslije presudom Suda prvog stupnja u predmetu *General Electric protiv Komisije*.¹⁰

U spomenutim slučajevima Europska komisija, prema mišljenju Suda prvog stupnja te Suda Europskih zajednica, nije uspjela dokazati negativne učinke koncentracija na tržišno natjecanje koji bi prema mišljenju Europske komisije bili posljedica koncentracija spomenutih poduzetnika. Naime, nakon što je Sud prvog stupnja u slučajevima *Tetra Laval/Sidel* i *GE/Honeywell* poništio odluke Europske komisije kojima su te koncentracije zabranjene na temelju, među ostalim, primjene teorije konkurentne štete (*competitive harm*),¹¹ očekivalo se od Komisije da ubuduće svoju analizu budućih učinaka vertikalnih koncentracija potkrijepi odgovarajućim dokazima, odnosno modificira stajališta u odnosu na negativne učinke vertikalnih koncentracija.

Također, kao posljedica uveden je “ekonomski pristup” u ocjene Europske komisije, koji pretpostavlja fokusiranje na modele industrijske ekonomije i primjene kvantitativnih metoda pri dokazivanju u ocjenama prijava namjera koncentracija.

Promjena je vidljiva u standardu prema kojem se ocjenjuju negativni učinci koncentracija, odbačen je “stari” standard kojim su se “štitili” i konkurenti, te

⁷ Treaty establishing European Coal and Steel Community – ECSC Treaty.

⁸ Uredba Vijeća br. 4064/89 o kontroli koncentracija između poduzetnika, Službeni list L 395, 30. prosinca 1989., ispravljena verzija Službeni list L 257, 21. rujna 1990.

⁹ Predmet T-5/02, Tetra Laval BV protiv Komisije, (2002) ECR II-4381.

¹⁰ Predmet T-210/01, General Electric protiv Komisije, (2005) ECR II-5527.

¹¹ Bellamy & Child, *EC Law of Competition*, 6th edition, Oxford University Press, 2008., str. 786 – 789.

je kao krajnji cilj ocjene koncentracija postala zaštita dobrobiti krajnjih kupaca – potrošača (*consumer welfare*).

Pomak u ocjeni nehorizontalnih koncentracija dobio je svoj *impetus* stupanjem na snagu Uredbe Vijeća br. 139/2004. od siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (dalje: Uredba 139/2004.),¹² na temelju koje su samo poduzetnici obveznici prijave koncentracije¹³ dužni prijaviti ih Europskoj komisiji kako bi dobili “zeleno svjetlo” za njezinu provedbu. Nadalje, na temelju te Uredbe uveden je novi test za ocjenu koncentracija – SIEC (*significant impediment to effective competition*), koji je u reformi 2004. godine uveden kao test znatnog ograničavanja tržišnog natjecanja koji u postupcima ocjene koristi Europska komisija. Njime se napušta nužnost dokazivanja nastanka vladajućeg položaja na temelju koncentracije, već je vladajući položaj naveden samo kao primjer posljedice koncentracije. Lyons¹⁴ navodi kako to nije važna promjena, no predstavlja pomak prema eksplicitnijoj analizi ekonomskih učinaka. Promjena se općenito može shvatiti kao pokušaj pomicanja od strukturalne paradigme, u kojoj je pojam vladajućeg položaja bio centralan, prema pristupu temeljenom na učincima, gdje će utjecaj koncentracije na tržišne ishode (cijenu, *output*, inovacije i sl.) biti centralan dio analize Europske komisije.¹⁵ Učinkovito tržišno natjecanje (*effective competition*) donosi koristi potrošačima, kao što su niske cijene, proizvodi visoke kvalitete, širok izbor proizvoda i usluga i inovacije.¹⁶

Test SIEC pretpostavlja prevenciju od postojanja odnosno znatnog povećanja tržišne snage kao posljedicu koncentracije i koncentracije s takvim učinkom zabranjuje. Povećanje tržišne snage u tom smislu odnosi se na sposobnost jednog ili više poduzetnika profitabilno povišivati cijene, smanjivati *output*, izbor ili kvalitetu proizvoda i usluga, umanjivati inovacije, ili na neki drugi način negativno utjecati na parametre tržišnog natjecanja.¹⁷

¹² Službeni list L 24, 29. siječnja 2004., str. 1 – 22.

¹³ Članak 1. Uredbe 139/2004 propisuje obvezu prijave namjere koncentracije za one sudionike koncentracije kada:

(a) ukupan promet svih poduzetnika koji sudjeluju u koncentraciji u cijelom svijetu premašuje 5.000 milijuna eura

(b) ukupan promet unutar Zajednice svakog od najmanje dvaju poduzetnika premašuje 250 milijuna eura.

¹⁴ Lyons, B. (ur.), *Cases in European Competition Policy – the Economic Analysis*, Cambridge University Press, 2009., str. 284.

¹⁵ Mosso, C. E., *Non-Horizontal Mergers: A European Perspective*, Fordham International Law Journal, Volume 31, Number 5, 2008., str. 1455.

¹⁶ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 10.

¹⁷ *Ibid.*, para. 10.

U svojoj će ocjeni koncentracija Europska komisija razmatrati eventualne negativne učinke proizašle iz koncentracije i eventualne pozitivne učinke koji proizlaze iz dokazanih koristi¹⁸ (*efficiencies*) za potrošače. Komisija ispituje različite lance uzroka i posljedica kako bi se uvjerila za koji je od njih vjerojatnije da će nastati. U literaturi je otvoreno za daljnju diskusiju pitanje vrednovanja koristi, odnosno kako je u tijeku godina Europska komisija ocjenjivala i vrednovala nastanak koristi nakon provedbe koncentracije poduzetnika, a posebice u odnosu na američka i europska razlikovanja u pristupu tom pitanju.¹⁹

Što su skoriji i izravniji negativni učinci koncentracije u konačnici na potrošače, vjerojatnije je da će kod Europske komisije potaknuti zabrinutost. Na isti način, što su skoriji i izravniji pozitivni učinci koncentracije, vjerojatnije je da će Europska komisija ustanoviti da oni imaju prevagu u odnosu na negativne učinke²⁰ te će takvu koncentraciju ocijeniti dopuštenom.

Pomak je također vidljiv i od stupanja na snagu Smjernica za ocjenu horizontalnih koncentracija na temelju Uredbe Vijeća o koncentracijama poduzetnika.²¹ Smjernice za horizontalne koncentracije kodificiraju dosadašnju praksu Europske komisije i sudova u pogledu analize strukture tržišta.²²

Konačno, Europska je komisija tek nedavno, krajem 2008. godine, objavila Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija. Donošenjem Smjernica, nakon opširne javne rasprave,²³ Europska je komisija pružila odgovore na dugo postavljana pitanja vezana uz predvidljivosti u ocjenama nehorizontalnih koncentracija, a time i pravnu sigurnost, jačajući transparentnost u postupcima pred Europskom komisijom, u ocjeni vertikalnih i konglomeratnih koncentracija.²⁴

¹⁸ O uporabi pojma koristi umjesto pojma učinkovitosti vidi više u: Jagić, T., *Vertikalne i konglomeratne koncentracije u pravu EU i RH*, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2010.

¹⁹ Vidi više u: Butorac-Malnar, V., *The role of efficiencies in merger control: Comparative EU-USA perspective*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991.), vol. 29, br. 2, 2008., str. 851 – 886.

²⁰ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 21.

²¹ Službeni list C 31, 5. veljače 2004., str. 5 – 18.

²² Pecotić Kaufman, J., *Nadzor koncentracija poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja Europske unije – pet godina nakon reforme*, Pravo i porezi, listopad 2009., str. 80.

²³ Više na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/non_horizontal_consultation.html.

²⁴ Osim navedenih Uredbi i Smjernica isključivo primjenljivih na postupak ocjene koncentracija, bitno je spomenuti i Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta u svrhu provedbe prava tržišnog natjecanja Zajednice primjenljivu na koncentracije i na ocjenu postupaka pokrenutih i vođenih na temelju članaka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

Pruženi su odgovori na pitanja vezana uz vrednovanje učinaka vertikalnih i konglomeratnih koncentracija, razjašnjena je teorija dokazivanja ("uvjerljivi dokazi", "skup dokaza")²⁵, a kao reakcija na postavljeni pristup Suda prvog stupnja u predmetu *Tetra Laval*, koji zahtijeva postojanje uvjerljivih dokaza / dokaznih sredstava (*convincing evidence*) za dokazivanje postojanja negativnih konglomeratnih učinaka prijavljenih koncentracija. Naime, upravo zbog uvođenja, odnosno jačanja ekonomskog pristupa u ocjeni koncentracija, koji je vidljiv u sudskim odlukama i u Smjernicama, poništene su odluke Europske komisije koje su zabranile navedene koncentracije u slučajevima *Tetra Laval* i *GE/Honeywell*.

S druge strane, uvažavanje pozitivnih učinaka od strane Europske komisije odnedavno je vidljivo u Smjernicama te u konkretnim odlukama u slučajevima *TomTom/Tele Atlas* i *Nokia/NAVTEQ*, o čemu će biti više riječi u nastavku rada.

3. RAZLIKOVANJE KONCENTRACIJA²⁶

Pod pojmom koncentracije podrazumijevaju se raznovrsni oblici povezivanja poduzetnika, na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi, kojima je zajedničko obilježje stvaranje pravnog i/ili ekonomskog zajedništva između sudionika koncentracije koji su prije provedbe koncentracije bili međusobno pravno i ekonomski neovisni poduzetnici.²⁷

Pri razgraničenju vrsta koncentracija razlikujemo horizontalne od nehorizontalnih koncentracija. Horizontalne su one pod kojima smatramo koncentracije poduzetnika koji su međusobni, direktni konkurenti na određenom mjerodavnom tržištu. Natječu se proizvodima odnosno uslugama koje se međusobno smatraju zamjenljivima, supstitutima sa stajališta potrošača. U sluča-

²⁵ Vidi više u: Bellamy & Child, *op. cit.* u bilj. 11, str. 765 – 766; Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, Oxford University Press, 2007., str. 495 – 499.

²⁶ Pojam koncentracija u pravu tržišnog natjecanja Europske unije definiran je člankom 3. Uredbe Vijeća, br. 139/2004., od siječnja 2004., o kontroli koncentracija između poduzetnika, koji navodi da koncentracije nastaju u slučaju u kojem je promjena kontrole na trajnoj osnovi rezultat spajanja ili pripajanja poduzetnika. O mjerodavnom tržištu kod prijave namjera koncentracija vidi više u: Pecotić Kaufman, J.; Slijepčević, S., *Koncentracije poduzetnika i mjerodavno tržište: pravni i ekonomski aspekti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 5, 2010., str. 998 – 1004.

²⁷ Akšamović, D., *Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere ponašanja sudionika koncentracije*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991), vol. 29, br. 2, 2008., str. 1035.

ju koncentracija poduzetnika koji nisu međusobni konkurenti, odnosno onih koji ne djeluju na istoj razini distribucijskog lanca, govorimo o nehorizontalnim koncentracijama. Nadalje, pod pojmom nehorizontalnih koncentracija kriju se dvije vrste: vertikalne i konglomeratne.

Vertikalno se koncentriraju oni poduzetnici koji djeluju na različitim dijelovima opskrbnog lanca. Opskrbni lanac čine koraci u preoblikovanju sirovine u gotove proizvode za kupce i poduzeća koja obavljaju te korake.²⁸ Kod vertikalnih koncentracija ne povećava se tržišni udjel novonastalog poduzetnika, za razliku od horizontalnih gdje se oni povećavaju jer su sudionici konkurenti. Međutim, kod vertikalnih koncentracija povećava se tržišna snaga novonastalog poduzetnika putem vertikalne povezanosti sudionika koncentracije, odnosno određenih veza između tržišta na kojima ti poduzetnici djeluju.²⁹

S druge strane, konglomeratne su koncentracije one u kojima sudjeluju poduzetnici koji djeluju na nepovezanim tržištima u odnosu na karakteristike proizvoda, grupe potrošača, proizvodne kapacitete, distribucijske kanale i sl.³⁰ Kao primjer proizvoda koje ti poduzetnici proizvode možemo navesti komplementarne proizvode kao što su motori i avionika u poznatom predmetu *GE/Honeywell*.³¹ Komplementarni proizvod poseban je oblik složenog proizvoda koji čine dva ili više proizvoda koji se uobičajeno koriste kao jedinstven proizvod, te se vrijednost svakog od proizvoda koji ga čine povećava kad ih potrošači koriste kao cjelinu.³²

Osnovna prednost koju konglomeratne koncentracije pružaju sudionicima koncentracije nastanak je kompetitivne prednosti koja proizlazi iz tzv. snage portfelja nakon provedbe koncentracije, no koja novonastalom poduzetniku može koristiti i za postizanje određenih negativnih učinaka.

4. VERTIKALNE KONCENTRACIJE

Činjenica je da je manje vjerojatno da će nehorizontalne, odnosno vertikalne koncentracije, znatno ograničiti tržišno natjecanje za razliku od horizon-

²⁸ Vouk, R., *Uloga menadžmenta opskrbnog lanca u povećanju konkurentnosti poduzeća*, Ekonomski pregled, vol. 56, br. 11, 2005., str. 1014.

²⁹ Faull & Nikpay, *op. cit.* u bilj. 25, 495.

³⁰ *Ibid.*, str. 499.

³¹ COMP/M.2220. *General Electric/Honeywell*.

³² Vidi Cerovac, M., *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih pojmova*, TEB, 2004., str 61.

talnih³³ – jer, prvo, njima ne dolazi do gubitka direktnog tržišnog natjecanja među sudionicima koncentracije na mjerodavnom tržištu i, drugo, vertikalne koncentracije omogućavaju nastanak velikog opsega koristi (*efficiencies*), odnosno pozitivnih učinaka na tržišno natjecanje. Primjerice integriranjem komplementarnih aktivnosti koje mogu dovesti do nižih cijena i većeg *outputa*.³⁴

Iako je prema statistici Europske komisije vidljiv znatan pad prijava namjera koncentracija, od 2008. godine,³⁵ pretpostavljeno kao rezultat globalne krize, ipak je u tom padu vidljiv “val” prijava namjera koncentracija poduzetnika koji djeluju na tržištima novih tehnologija, a pored prijavljenih koncentracija poduzetnika koji djeluju na tržištima farmaceutike, bankarstva i avijacije.

Sudionici vertikalnih koncentracija na tržištima “klasičnih” proizvoda, kao što su energetika, lijekovi, roba široke potrošnje i sl., jesu poduzetnici koji djeluju na različitim nivoima opskrbnog lanca. Primjerice, to je slučaj kada se proizvođač određenog proizvoda (poduzetnik koji djeluje na uzlaznom dijelu opskrbnog lanca) spoji/pripoji jednom od svojih distributera (poduzetnik koji djeluje na silaznom dijelu opskrbnog lanca).³⁶ U Smjernicama Europska komisija koristi pojmove silazno (*downstream*) i uzlazno (*upstream*) tržište kako bi se opisao (potencijalni) tržišni odnos koji međusobno imaju sudionici koncentracije. Dalje u radu vidjet ćemo kako Europska komisija uvodi još jedan “nivo” tržišta, između silaznog i uzlaznog, tzv. međutržište. To je razumljivo ako se ima na umu kompleksnost tržišta novih tehnologija, kao i proizvoda koji se na tim tržištima nude.

Općenito, tržišni odnos jest onaj u kojem poduzetnik na silaznom tržištu kupuje proizvod (*output*) od poduzetnika koji djeluje na uzlaznom tržištu i koristi taj proizvod kao *input* u svojoj proizvodnji, koji zatim prodaje svojim kupcima.³⁷

Očito je da će vertikalne koncentracije već *prima facie* imati različite učinke na tržišno natjecanje od horizontalnih, prvenstveno zato što sudionici koncentracija nisu direktni konkurenti, stoga ne dolazi do gubitka direktnog tržišnog natjecanja među sudionicima koncentracije na mjerodavnom tržištu, a koji je

³³ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 11.

³⁴ *Ibid.*, para. 12 i 13.

³⁵ U 2007. godini prijavljene su 402 namjere koncentracije, u 2008. godini 347, u 2009. godini 259 te do 29. listopada 2010. godine 218 koncentracija. Izvor: <http://ec-europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>, (15. studenoga 2010.).

³⁶ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 4.

³⁷ *Ibid.*, para 4.

jedan od permanentnih razloga za zabrinutost regulatornih tijela pri ocjeni dopuštenosti koncentracija.

Vertikalnom koncentracijom ne nestaje jedan, novi tržišni igrač, odnosno ne nestaje jedan konkurent s mjerodavnog tržišta, već se integriraju poduzetnici koji djeluju na različitim tržištima.

Koncentracije poduzetnika pružaju njihovim sudionicima ostvarivanje ekonomija obujma i razmjera, sinergije, veću dinamičku učinkovitost, povećanje tržišne snage, širenje i rast kroz mogućnost ulaska na nova tržišta, pristup novim *inputima*, mogućnost proširivanja ponude, podjelu rizika i sl. Stoga većinu koncentracija regulatorna tijela dopuštaju, a onaj mali broj zabranjenih nije dopušten jer bi proizveo negativne učinke na tržišno natjecanje.

Integracija, nadalje, može dovesti do smanjenja troškova transakcije (*transaction costs*), omogućiti bolju koordinaciju u dizajnu proizvoda, organizaciji proizvodnog procesa i načinu na koji se proizvodi prodaju, kao i *one-stop-shopping*.³⁸ *One-stop-shopping* u kontekstu pozitivnih učinaka koncentracija treba razumjeti kao mogućnost integrirane ponude proizvoda koji pripadaju u određeni asortiman ili portfelj proizvoda.³⁹ Pozitivni učinci ogledaju se u mogućnosti nabave/kupnje dvaju ili više proizvoda na jednom mjestu od novointegriranog poduzetnika, što kupcima pojednostavljuje i olakšava kupnju, podižući njihovo zadovoljstvo štednjom njihova vremena i novca pri toj kupnji.

U ocjeni vertikalnih koncentracija Europska komisija razmotrit će moguće negativne, protukonkurentske učinke nastale vertikalnom koncentracijom i moguće pozitivne učinke koje proizlaze iz ostvarenih koristi (*efficiencies*) potkrijepljene dokazima sudionika koncentracije.⁴⁰ U ocjenjivanju toga hoće li koncentracija rezultirati znatnim ograničavanjem učinkovitog tržišnog natjecanja, Europska komisija fokusira se na dva pitanja: tržište ili tržišta “pogođena” koncentracijom i utjecaj koncentracije na strukturu konkurentskih pritiska tog tržišta ili tih tržišta.⁴¹

Nadalje, Europska komisija u svojoj ocjeni općeg vjerojatnog učinka na učinkovito tržišno natjecanje ocjenjuje i ispituje koristi koje koncentracija

³⁸ *Ibid.*, para. 14.

³⁹ NB: Načelo “one-stop-shop” odnosi se na prijavu namjere koncentracije koja ima “dimenziju Zajednice” kad je Europska komisija nadležna za njezinu ocjenu, umjesto obveze poduzetnika za podnošenje prijave namjere koncentracije u nekoliko različitih država članica. To je načelo uvedeno “modernizacijskim paketom” 2004. godine.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 28.

⁴¹ Cook, C. J.; Kerse, C. S., *EC Merger Control*, 5th edition, London : Sweet & Maxwell : Thomson Reuters, 2009., str. 212.

može proizvesti. Posebice, to je omogućavanje, nakon provedbe koncentracije, izbjegavanja dvostrukih marži.⁴² Te se koristi očituju i u boljoj koordinaciji proizvodnog i distribucijskog procesa, time smanjujući inventarne troškove.⁴³

Međutim, unatoč općenitoj prevazi pozitivnih učinaka koje nehorizontalne koncentracije imaju na tržišno natjecanje, određene nehorizontalne koncentracije ipak mogu na dva načina znatno ograničiti tržišno natjecanje, i to nekoordiniranim (jednostranim) i koordiniranim (usklađujućim) učincima koje takve koncentracije mogu proizvesti.⁴⁴ Ti se učinci javljaju nakon provedene koncentracije, dakle *ex post*, što analizu Europske komisije čini prospektnom jer u vrijeme prijave namjere koncentracije Europska komisija mora “prognozirati” koje će učinke u budućnosti ta konkretna koncentracija prouzročiti na konkretnom mjerodavnom tržištu. Analiza koju provodi Europska komisija spekulativna je jer se njome pokušava “proricati” buduće ponašanje poduzetnika nakon provedbe koncentracije.⁴⁵

Nekoordinirani učinci prije svega mogu nastati kada nehorizontalna koncentracija dovodi do zatvaranja (*foreclosure*). Zatvaranje je pojam koji se koristi kako bi se opisao bilo koji slučaj kada je stvarnim ili potencijalnim konkurentima pristup opskrbi ili tržištima spriječen ili onemogućen, a kao posljedica koncentracije, time umanjujući poduzetnicima mogućnost i/ili motivaciju za natjecanjem na tržištu.⁴⁶ Primjerice, vertikalna integracija proizvođača s poduzetnikom koji djeluje na tržištu maloprodaje znatno smanjuje mogućnost pristupa maloprodaji ostalim proizvođačima. Kao rezultat zatvaranja javlja se mogućnost profitabilnog podizanja cijena⁴⁷ od strane integriranog poduzetnika, a sve u konačnici na štetu krajnjih potrošača. Analiza kojom se ispituje postojanje povrede tržišnog natjecanja u obliku zatvaranja tržišta zahtijeva uzimanje u obzir utjecaja zatvaranja na cijelo tržište.⁴⁸ Smjernice pod negativ-

⁴² Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 55.

⁴³ *Ibid.*, para. 56.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 18.

⁴⁵ Goyder, D. G.; Goyder, J.; Albors-Llorens A., *Goyder's EC Competition Law*, 5th edition, Oxford University Press, 2009., str. 426.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 17.

⁴⁷ Smjernice pojam podizanja cijena koriste kao generični pojam za različite oblike povreda tržišnog natjecanja nastalih koncentracijama. Pod tim pojmom trebale bi se shvatiti i situacije, npr., u kojima su cijene snižene manje ili će vjerojatno biti manje snižene nego što bi bile snižene bez koncentracije i situacije u kojima će cijene biti povišene ili je vjerojatno da će biti povišene nego što bi bile bez koncentracije. *Ibid.*, bilješka 8.

⁴⁸ Walker, M.; Bishop, S., *The Economics of EC Competition Law*, 2th edition, Sweet & Maxwell, 2002., str. 288.

nim, nekoordiniranim učincima vertikalnih koncentracija navode zatvaranje te unutar njega razlikuju dva oblika: 1. zatvaranje pristupa *inputima* i 2. zatvaranje pristupa kupcima.⁴⁹ U objema odlukama Europske komisije, *TomTom/Tele Atlas* i *Nokia/NAVTEQ*, o čemu će dalje biti više riječi, prvenstveno možemo vidjeti izraženu zabrinutost veznu uz javljanje, nakon koncentracije, negativnog učinka u obliku zatvaranja pristupa *inputima*.

Zatvaranjem pristupa *inputima* smatra se situacija u kojoj će koncentracija vjerojatno povećati troškove konkurentima koji djeluju na silaznom dijelu tržišta ograničavajući njihov pristup važnom *inputu*, dok se zatvaranje pristupa kupcima odnosi na koncentraciju kojom će pristup konkurentima koji djeluju na uzlaznom dijelu tržišta biti zatvoren ograničavajući njihov pristup važnoj bazi kupaca.⁵⁰

Zatvaranje pristupa *inputima* događa se ako nakon koncentracije sudionici koncentracije ograniče pristup robi i/ili uslugama konkurentima na drugom dijelu tržišta, na silaznom dijelu, time povećavajući njihove troškove i otežavajući im konkuriranje na tom tržištu.⁵¹ To s jedne strane izravno pogađa konkurente, no preko njih i same krajnje potrošače. Takvim su ponašanjem izravno pogođeni konkurenti, koji s povećanim troškovima mogu ili podići cijenu proizvoda ili smanjiti svoju dotadašnju maržu, ostavljajući cijenu nepromijenjenom. Niti jedan od prethodno spomenutih scenarija nije prokonkurentski. Povećanjem cijene konkurenti će izgubiti krajnje potrošače jer se može pretpostaviti da će oni kupovati proizvode s nižom cijenom. Gubitkom potrošača smanjit će se potražnja za njihovim proizvodima, što će nužno dovesti do smanjenja opsega proizvodnje. S druge strane, smanjenjem marže konkurentima će se smanjiti prihod, što će ih onemogućiti u održavanju dotadašnje poslovne strategije, odnosno može se pretpostaviti da će ograničiti određena ulaganja, primjerice u inovacije i razvoj. Takav scenarij u konačnici će djelovati ograničavajuće i na potrošače jer u ponudi neće imati inovativnije proizvode konkurenata. Smjernice ne zahtijevaju, za postojanje povrede zatvaranja tržišta *inputima*, potpuni izlazak konkurenata s tržišta, već i mogućnost izlaska – dovoljan je pokazatelj ako povećanje troškova *inputa* dovodi do viših cijena za kupce.⁵²

U ocjeni vjerojatnosti postojanja protukonkurentskog scenarija Europska komisija ispituje:

⁴⁹ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 30.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 30.

⁵¹ Whish, R., *Competition law*, 6th edition, Oxford University Press, 2008., str. 866.

⁵² Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 31.

1. sposobnost zatvaranja tržišta pristupa tržištu, a koje uključuje postojanje znatne tržišne snage, 2. postoji li motiv za zatvaranje pristupa tržištu i 3. postoji li opće vjerojatan učinak na učinkovito tržišno natjecanje (cijenu, izbor, prepreke ulasku).⁵³

Dosada su u radu navedeni mogući negativni učinci vertikalnih koncentracija kroz zatvaranje tržišta *inputa*, kao i eventualne koristi koje ta koncentracija može proizvesti.

Nadalje, u nastavku ćemo se osvrnuti na drugi mogući negativni učinak vertikalnih koncentracija – zatvaranje pristupa kupcima.

Do zatvaranja pristupa kupcima dolazi kad se dobavljač vertikalno integrira s važnim kupcem u silaznom dijelu tržišta, što može stvarnim i/ili potencijalnim konkurentima na uzlaznom dijelu tržišta značiti blokiranje pristupa važnoj bazi kupaca na silaznom dijelu tržišta, time smanjujući njihovu motivaciju za natjecanjem.⁵⁴

Jednako kao i kod mogućnosti zatvaranja pristupa *inputima*, u ocjeni vjerojatnosti postojanja mogućnosti zatvaranja pristupa kupcima Europska komisija ispituje:

1. sposobnost zatvaranja tržišta pristupa silaznom dijelu tržišta smanjivanjem obujma kupnje do svojih konkurenata na uzlaznom dijelu tržišta, 2. postoji li motiv za smanjenje obujma kupnje na uzlaznom dijelu tržišta i 3. bi li takva strategija zatvaranja imala znatan štetan učinak na kupce u silaznom dijelu tržišta.⁵⁵

Nadalje, koordinirani učinci nastaju kada koncentracija mijenja prirodu tržišnog natjecanja na takav način da poduzetnici koji prethodno nisu koordinirali svoje ponašanje vjerojatno će ga koordinirati nakon provedbe koncentracije kako bi podigli cijene ili na neki drugi način spriječili djelotvorno tržišno natjecanje.⁵⁶ Smjernice navode i moguće ostale nekoordinirane učinke, kao što su dobivanje pristupa osjetljivim poslovnim informacijama koje se odnose na uzlazne i silazne aktivnosti konkurenata,⁵⁷ o kojima je također odlučivala Europska komisija u ocjeni koncentracija poduzetnika *TomTom/Tele Atlas* i *Nokia/NAVTEQ*.

Koordinirani učinci nastaju u situaciji kada na tržištu postoji veća vjerojatnost usklađivanja djelovanja konkurenata, a za čije je postojanje, odnosno

⁵³ *Ibid.*, para. 31 – 51.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 58.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 59.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 19.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 78.

održavanje usklađivanja, nužno ispunjavanje tzv. triju uvjeta *Airtoursa*⁵⁸: 1. poduzetnici koji usklađuju svoje djelovanje moraju moći nadzirati ispunjavaju li se uvjeti usklađivanja, 2. disciplinirano ponašanje zahtjeva aktiviranje mehanizma kojim se odvraća poduzetnike od odustajanja od usklađenog ponašanja ako se otkrije odstupanje od usklađenog ponašanja i 3. nesposobnost sadašnjih i budućih konkurenata, kao i kupaca, koji ne sudjeluju u usklađenom djelovanju ugrožavanja ispunjavanja očekivanih rezultata usklađenog djelovanja.⁵⁹

Kao što je već navedeno, ocjenjuju se prijave namjere koncentracija prvenstveno s obzirom na to kakve će učinke na tržišno natjecanje takva koncentracija proizvesti. Kao i svaka ocjena koju provodi Europska komisija, kako sporazuma, tako i zlouporaba vladajućeg položaja, iako se one provode *ex post*, a ocjene koncentracija *ex ante*, ocjena dopuštenosti vertikalnih koncentracija počinje analizom postojanja odnosno jačanja tržišne snage poduzetnika sudionika koncentracije. Kako bi se došlo do odgovora na pitanje kakvu tržišnu snagu imaju sudionici koncentracije, nužno je prvenstveno definirati mjerodavno tržište te precizno iznaći tržišne udjele svakog/svih sudionika koncentracije. Tržišni udjeli nisu jedini pokazatelj tržišne snage, već na tržišnu snagu utječu još i prepreke ulasku na precizno definirano mjerodavno tržište (pravne i one koje se tiču zakonitosti i načina funkcioniranja određenog tržišta), te stupanj koncentriranosti samog tržišta i sl.

Smjernice navode da koncentracija neće imati negativne učinke na tržišno natjecanje kada tržišni udjel novonastalog poduzetnika nakon koncentracije ne prelazi 30 % i kada je nakon provedbe koncentracije HHI⁶⁰ ispod 2000.⁶¹

Iako se drži da poduzetnici koji zadovoljavaju prethodno spomenute parametre nemaju takvu tržišnu snagu koja bi dovela do negativnih učinaka na tržišno natjecanje nakon provedbe koncentracije, ti pragovi ne predstavljaju pravnu predmnjevu dopuštenosti koncentracije.⁶² Naime, teorijski postoji mo-

⁵⁸ Predmet 342/99, *Airtours* protiv Komisije, (2002) ECR II-2585, para. 62; vidi više o koordinativnim učincima u: Pecotić Kaufman, *op. cit.* u bilj. 22.

⁵⁹ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 81.

⁶⁰ Herfindahl-Hirschman Indeks; mjera koncentriranosti tržišta koja se izračunava kvadriranjem tržišnih udjela svakog od konkurenta na mjerodavnom tržištu te se zatim tako dobivene vrijednosti zbrajaju. Može se kretati od 0 do 10.000. Što je stanje na mjerodavnom tržištu bliže monopolu, veća je koncentriranost tržišta te je na njemu minimizirano tržišno natjecanje. O odnosu stupnja koncentriranosti tržišta i konkurencije vidi više u: Pecotić Kaufman, Slijepčević, *op. cit.* u bilj. 26, str. 998 – 1004.

⁶¹ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 25.

⁶² *Ibid.*, para. 27.

gućnost da nehorizontalna koncentracija poduzetnika koji ne prelaze spomenute pragove tržišnih udjela i koncentriranosti tržišta može imati negativne učinke na tržišno natjecanje, i obratno.

Nadalje, nije moguće propisati pravnu predmnjevu zabranjenosti horizontalnih ni nehorizontalnih koncentracija imajući na umu činjenicu da se svaka koncentracija poduzetnika ocjenjuje u svojem specifičnom kontekstu, tzv. metodom ocjene *case by case*. Taj kontekst obuhvaća različita mjerodavna tržišta na kojima poduzetnici djeluju, vremensku komponentu (u smislu promatranja određenog tržišta u različitim vremenskim periodima, koje može dati različite rezultate u vezi s tržišnim udjelima i koncentriranosti tržišta, a s obzirom na globalizaciju i brze mijene uvjeta, odnosa, prepreka, preferencija kupaca, inovacija i sl.), međusobne poslovne i pravne odnose poduzetnika i sl. Stoga nije moguće propisati isključive pragove kako se *per se* ne bi zabranjivale koncentracije koje nemaju negativnih učinaka, odnosno kako se *per se* ne bi odobravale koncentracije s negativnim učincima na tržišno natjecanje. No, neki autori, posebice Bishop⁶³, kritiziraju prag tržišnog udjela koncentracija od 30 % smatrajući ga pre niskim, navodeći kako je ionako rijetko ustanovljena tržišna snaga kod poduzetnika sa 40 % tržišnog udjela te smatrajući prikladnim povećanje praga tržišnog udjela iznad 30 % za vertikalne koncentracije. Autor se pridružuje tom stajalištu napominjući kako je primjerice u predmetu *SCA/P&G*⁶⁴ tržišni udio nakon koncentracije poduzetnika iznosio 80 – 90 %, no poduzetnici ne bi imali tržišnu snagu zbog snažne konkurencije.

Trebalo bi biti u pitanju postavljanje viših pragova za vertikalne koncentracije u odnosu na horizontalne jer kod vertikalnih koncentracija *per se* postoji manja vjerojatnost znatnog ograničavanja tržišnog natjecanja, što je eksplicitno navedeno u Smjernicama.⁶⁵

Nadalje, Petrasincu⁶⁶ pravilno uočava kako Europska komisija u Smjernicama “očito zanemaruje” recital 32. Uredbe 139/2004, kojom se uspostavlja “sigurna luka” za sve koncentracije koje ne prelaze prag od 25 %. S druge strane, on navodi kako je moguće da Europska komisija zaoštava svoju provedbenu praksu u odnosu na nehorizontalne koncentracije.

⁶³ Bishop, S., (*Fore*) closing the Gap: the Commission’s Draft Non-Horizontal Guidelines, E. C. L. R., Volume 29, Issue 1, 2008, str. 2.

⁶⁴ M.4553 SCA/P&G.

⁶⁵ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 11.

⁶⁶ Petrasincu, A., *The Treatment of Vertical and Conglomerate Mergers in the European Union – The European Commission’s New Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers*, Georgetown Journal of International Law, Volume 40, 2009., str. 3.

Autor misli da različiti pragovi nikako ne pomažu postizanju pravne sigurnosti, pritom imajući na umu obvezatnu snagu pravnog pravila sadržanog u Uredbama u odnosu na snagu *soft lawa* Smjernica, te time samo mogu otegotno djelovati na poduzetnike koji razmatraju “ulaske” u vertikalne koncentracije.

5. PIVOTALNA (EKONOMSKA) ANALIZA U ODLUKAMA TOMTOM/TELE ATLAS I NOKIA/NAVTEQ

Odluke o dopuštenosti koncentracije poduzetnika *TomTom/Tele Atlas* i *Nokia/NAVTEQ* Europska je komisija donijela nakon višemjesečnog postupka ocjene, dok su američka regulatorna tijela donijela svoje odluke za oba slučaja u petnaestak dana, netom nakon stupanja na snagu Smjernica.

I dalje primjećujemo razliku u pristupu vertikalnim koncentracijama između SAD-a i Europe, gdje američka praksa povijesno pokazuje manji stupanj zabrinutosti za negativne učinke vertikalnih koncentracija u odnosu na Europu.⁶⁷

U svojim je odlukama u spomenutim slučajevima Europska komisija detektirala tri mjerodavna tržišta: silazno tržište, “međutržište” i uzlazno tržište. Poduzetnik *TomTom* djeluje na silaznom tržištu proizvodnje osobnih navigacijskih uređaja (PND⁶⁸), koji koriste tehnologiju GPS⁶⁹ kako bi pružili upute za vožnju u automobilima u realnom vremenu, jednako kao i poduzetnik *Nokia*, koji je vodeći poduzetnik na tržištu mobilnih telefona. Na europskom je tržištu *TomTom* najveći dobavljač osobnih navigacijskih uređaja, a konkurenti su mu *Garmin*, *MiTAC* i drugi. Na uzlaznom tržištu djeluju poduzetnici *Tele Atlas* i *NAVTEQ*, kao jedina dva poduzetnika koji “proizvode” podatkovne datoteke za navigacijske digitalne karte, koje su ključni *input* za osobne navigacijske uređaje, tvoreći duopol na uzlaznom tržištu.

Kao “međutržište” (*intermediate market*) Europska komisija definira tržište navigacijskog programa (*software*), na kojem djeluju i poduzetnici *TomTom* i

⁶⁷ O sličnostima i razlikama Američkog i Europskog pristupa u postupcima ocjene koncentracija vidi više u: Coppi, L., *The Use of Economics in Merger Cases in the EC and in the US*, The International Comparative Legal Guide to Merger Control 2009, poglavlje 4, CRA International, www.iclg.co.uk (1. studenog 2010.).

⁶⁸ *Personal Navigation Device*.

⁶⁹ *Global Positioning System* – svjetski radio-navigacijski sustav koji se sastoji od dvadeset i četiri satelita i baznih, zemaljskih stanica. Ovdje se autoru nameće pitanje hoće li u budućnosti GPS postati univerzalnom uslugom, a u svjetlu dužnosti pružanja univerzalne usluge, odnosno pristupa njoj, na temelju Direktive o univerzalnoj usluzi (2002/22/EC, L 108/51), te pitanje odnosa pravila tržišnog natjecanja prema takvoj usluzi i tretiranja ponašanja koja joj onemogućavaju, odnosno ograničavaju pristup.

Nokia, a koje je ključno zbog svojeg povezujućeg karaktera između uzlaznog i silaznog tržišta. Naime, podatkovne datoteke za navigacijske digitalne karte nužan su *input* koji se "utjelovljuje" u *software* kako bi se u konačnici takve karte mogle unijeti u *hardware* – osobne navigacijske uređaje. Dakle, obje su se koncentracije ticale mjerodavnog proizvodnog tržišta podatkovnih datoteka za navigacijske digitalne karte za osobne navigacijske uređaje korištene u automobilima (*TomTom/Tele Atlas*), odnosno u mobilnim uređajima (*Nokia/NAVTEQ*), sa svjetskom zemljopisnom dimenzijom. U obama je slučajevima riječ o "čistoj" vertikalnoj koncentraciji, preciznije "povratnoj" integraciji (*backward integration*) u kojoj proizvođači na silaznom tržištu (*TomTom* i *Nokia*) pripajaju poduzetnike na uzlaznom tržištu (*Tele Atlas* i *NAVTEQ*).

Europska komisija u svojoj je ocjeni, među ostalim, došla do zaključka da većina proizvođača osobnih navigacijskih uređaja kupuje digitalne karte od poduzetnika *Tele Atlas*, dok većina proizvođača mobilnih uređaja kupuje digitalne karte od poduzetnika *NAVTEQ*.

U obama slučajevima Europska komisija pokazala je zabrinutost za negativne učinke koncentracija na uzlaznom tržištu podatkovnih datoteka za navigacijske digitalne karte te su teorije štete na tom tržištu bile upravljene na: a) problem zatvaranja pristupa *inputima*, b) problem pristupa poslovno osjetljivim informacijama od strane kupaca digitalnih karata i c) problem koordiniranih učinaka.

U ovom će se radu autor usredotočiti na pitanje zatvaranja pristupa *inputu* s obzirom na to da je to bilo od odlučujućeg utjecaja na davanje bezuvjetnog "zelenog svjetla" Europske komisije za spomenute dvije koncentracije.

Pitanje pristupa poslovno osjetljivim informacijama odbačeno je kao negativan učinak obje koncentracije, navodeći kako bi konkurentski proizvođači osobnih navigacijskih uređaja mogli u konačnici izbjeći otkrivanje osjetljivih informacija, koje se tiču buduće prodaje, cijena i sl., poduzetnicima na uzlaznom tržištu, jer nad tim informacijama imaju potpunu kontrolu.⁷⁰

Problem koordiniranih učinaka nakon koncentracije također je odbačen jer nisu postojali dokazi takvog ponašanja u prošlosti; cijene nisu transparentne te nije vjerojatno postojanje zabranjenih sporazuma u vezi s cijenama, kao niti postojanje triju uvjeta *Airtoursa* nužnih za dokazivanje postojanja koordiniranih učinaka.⁷¹

⁷⁰ *TomTom/Tele Atlas*, para. 276, *Nokia/NAVTEQ*, para. 389.

⁷¹ *TomTom/Tele Atlas*, para. 282, *Nokia/NAVTEQ*, para. 407.

Europska komisija u svojoj se ocjeni usredotočila – iako Smjernice, kao što je prije izloženo, poznaju dvije vrste – samo na mogućnost zatvaranja tržišta zatvaranjem pristupa *inputu*. U vezi s tim eventualnim negativnim učinkom koncentracije Europska komisija zaključila je kako je nevjerojatna mogućnost primjene strategije potpunog zatvaranja pristupa *inputu* kojom bi nakon koncentracije poduzetnici potpuno prekinuli dobavljati digitalne karte konkurentima na silaznom tržištu. Primjerice, to bi bili konkurenti poduzetnika *TomTom*⁷² i *Nokia*⁷³ na silaznim tržištima. Slijedom navedenog Europska komisija fokusirala je svoje analize na moguću strategiju djelomičnog zatvaranja pristupa *inputu*, koje zatvaranje bi se očitovalo ili u podizanju cijena, ili u pružanju niže kvalitete digitalnih karata, ili u kašnjenju s pružanjem pristupa najnovijim inačicama digitalnih karata.⁷⁴

Kao što je već prethodno navedeno, sukladno Smjernicama, analiza Europske komisije o vjerojatnosti djelomičnog zatvaranja pristupa *inputima* ocjenjivana je prema trima kriterijima. Prvi kriterij – sposobnost poduzetnika nakon koncentracije da uvelike zatvori pristup *inputima* ovisi o: 1. postojanju znatne tržišne snage na uzlaznom tržištu⁷⁵ i 2. važnosti *inputa* za proizvod na silaznom tržištu⁷⁶ i 3. postojanju protustrategija (učinkovitih i brzih) konkurenata.⁷⁷

Prvo, što se tržišne snage tiče, u objema je odlukama Europska komisija zaključila da poduzetnici *TomTom* i *Nokia* imaju velik stupanj tržišne snage na mjerodavnom tržištu podatkovnih datoteka za navigacijske digitalne karte jer svaki od poduzetnika ima oko 50 % tržišnog udjela na mjerodavnom tržištu, podupirući svoju tvrdnju ekonomskim dokazima koji nedvojbeno pokazuju kako bi oba poduzetnika imala sposobnost prodavati podatkovne datoteke iznad graničnog troška.⁷⁸ Drugo, zaključak u objema odlukama o važnosti podatkovnih datoteka za navigacijske digitalne karte – *inputa* dvojak je. Kako se poduzetnik *TomTom* nije očitovao suprotno te je pristao na argumentaciju Europske komisije, podatkovne datoteke za navigacijske digitalne karte čine ključnu komponentu osobnih navigacijskih uređaja, iako je udio u ukupnom trošku osobnih navigacijskih uređaja samo 10 %.⁷⁹ S druge strane *input* koji

⁷² *TomTom/Tele Atlas*, para. 190.

⁷³ *Nokia/NAVTEQ*, para. 265.

⁷⁴ *TomTom/Tele Atlas*, para. 193, *Nokia/NAVTEQ*, para. 264.

⁷⁵ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 35.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 34.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 39.

⁷⁸ *TomTom/Tele Atlas*, para. 195, *Nokia/NAVTEQ*, para. 273.

⁷⁹ *TomTom/Tele Atlas*, para. 182 i 183.

dobavlja poduzetnik NAVTEQ predstavlja ključan *input* za navigacijske aplikacije korištene u mobilnim uređajima, no Europska komisija navodi kako je “nejasno” jesu li one ključan *input* za mobilne uređaje.⁸⁰

Treće, nije utvrđeno postojanje učinkovitih i brzih protustrategija (u predmetu *TomTom/Tele Atlas*)⁸¹ konkurenata koje bi mogle onemogućiti sposobnost novonastalog poduzetnika podići cijene ili sniziti kvalitetu podatkovnih datoteka za navigacijske digitalne karte. Suprotno, takve protustrategije nije moguće isključiti u predmetu *Nokia/NAVTEQ*.⁸²

U odluci *TomTom/Tele Atlas* Europska komisija došla je do zaključka da će poduzetnik *TomTom* vjerojatno imati sposobnost povisiti cijene, sniziti kvalitetu proizvoda ili kasniti s isporukom nekim proizvođačima osobnih navigacijskih uređaja i proizvođačima navigacijskog *softwarea*, konkurenata poduzetniku *TomTomu*.⁸³

Kao što je već spomenuto, konačnom je odlukom ta koncentracija dopuštena, što dovodi do zaključka da iako je Europska komisija utvrdila postojanje sposobnosti zatvaranja tržišta, nju nije zabranila samo na temelju tog negativnog učinka. Takav pristup potvrđuje oslanjanje Europske komisije na ekonomske dokaze, kao i na prevagu pozitivnih u odnosu na negativne učinke vertikalnih koncentracija. S druge strane, u odluci *Nokia/NAVTEQ* zaključeno je da je “nejasno” hoće li poduzetnik *Nokia* imati tu sposobnost.⁸⁴

Drugi je kriterij u analizi nužnost dokazivanja postojanja motiva za zatvaranje tržišta nakon koncentracija, koji se pokazao ključnim kriterijem u ocjeni spomenutih dviju koncentracija za njihovo dopuštanje, s obzirom na to da je Europska komisija zaključila kako ne postoji motiv zatvaranja tržišta. U objema je odlukama zaključak temeljen na empirijskim analizama kojima su testirani motivi sudionika koncentracija za potpuno ili djelomično zatvaranje. Zaključeno je u odluci *TomTom/Tele Atlas*, paragraf 221 (u *Nokia/NAVTEQ*, para. 346): “Kako bi se izmjerio balans (*trade-off*) između uzlaznog i silaznog tržišta, Europska komisija provela je ekonometrijske procjene elastičnosti cijena na silaznom tržištu kako bi izmjerila dodatnu prodaju koju bi nakon koncentracije mogli imati poduzetnici ako bi povećali cijene podatkovnih datoteka za navigacijske digitalne karte silaznim konkurentima poduzetnika *TomTom*.”

⁸⁰ *Nokia/NAVTEQ* para. 295 i 296.

⁸¹ *TomTom/Tele Atlas*, para. 202.

⁸² *Nokia/NAVTEQ*, para. 326.

⁸³ *TomTom/Tele Atlas*, para. 210.

⁸⁴ *Nokia/NAVTEQ*, para. 328.

Procjena je rezultirala neprofitabilnošću povećanja cijena jer dobit na silaznom tržištu ne bi bila dovoljna da bi se kompenzirao gubitak na uzlaznom.⁸⁵

U tim je odlukama Europska komisija po prvi put koristila “vertikalnu aritmetiku” u ocjeni vertikalnih koncentracija. Naime, to je koristan ekonometrijski alat koji dokazuje profitabilnost strategije zatvaranja tržišta, a time i motive zatvaranja tržišta konkurentima silazno ili uzlazno, nakon provedbe koncentracije. U svojem najjednostavnijem obliku metodologija “vertikalne aritmetike” pretpostavlja izračun troškova i koristi povezanih sa strategijom zatvaranja tržišta.⁸⁶

Iako je u objema odlukama Europska komisija došla do zaključka kako zbog nepostojanja motiva za zatvaranjem tržišta nije vjerojatno da će koncentracije imati negativne učinke na tržišno natjecanje (čime nije dokazan treći kriterij u ocjeni); tek je pri samom kraju svoje analize u odlukama ocjenjivala koristi koncentracija, cjenovne i necjenovne. Sukladno Smjernicama,⁸⁷ kako bi Europska komisija uzela u obzir koristi koncentracija, one moraju kumulativno zadovoljiti sljedeće: moraju biti upravljene na potrošače, specifične za predmetne koncentracije (ne općenite) i provjerljive, a sav je teret dokaza usmjeren na sudionike koncentracija.

Koristi koje će proizaći iz obaju predmetnih koncentracija poduzetnika prvenstveno su cjenovne, a rezultirale bi uporabom višeg profita nakon koncentracije, koji bi rezultirao izbjegavanjem dvostrukih marži nakon koncentracije, za povećanje prodaje na silaznom tržištu, a koja bi rezultirala nižom cijenom krajnjeg proizvoda na dobrobit potrošača.⁸⁸ Eliminiranje dvostrukih marži ocijenjeno je kao specifikum predmetnih koncentracija. Suprotno, razmatrane necjenovne koristi različite su u obama predmetima.

Naime, prema navodima poduzetnika, koncentracija poduzetnika *TomTom/Tele Atlas* rezultirala bi proizvodnjom “boljih karata u kraće vrijeme”.⁸⁹ Ovdje su poduzetnici podastri studiju koja kvantificira koristi na dva načina: prvi, izračunom ušteda u troškovima kao rezultat povratnih informacija potrošača održavajući stupanj kvalitete datoteka prije koncentracije, a drugi mjeri dodatne troškove nužne za postizanje, uporabom tehnologije prije koncentracije,

⁸⁵ *TomTom/Tele Atlas*, para. 228.

⁸⁶ http://www.crai.ca/ecp/assets/vertical_arithmetic.pdf (17. studenoga 2010.).

⁸⁷ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 53.

⁸⁸ *TomTom/Tele Atlas*, para. 240, *Nokia/NAVTEQ*, para. 366.

⁸⁹ *TomTom/Tele Atlas*, para. 249.

istog stupnja kvalitete datoteka što bi se postigao uporabom povratnih informacija nakon koncentracije.⁹⁰

Modeliranje motiva za zatvaranje tržišta pokazalo je da koncentracije poduzetnika *TomTom/Tele Atlas* neće rezultirati štetom za potrošače u bilo kojem obliku, čak i prije nego što su koristi “boljih karata u kraće vrijeme” uzete u obzir, a koje su i bile okidač za koncentraciju spomenutih poduzetnika.⁹¹

Europska komisija nije uzela u obzir necjenovne koristi temeljene na povećanoj uporabi povratni informacija potrošača jer je smatrala kako je vjerojatno da će poduzetnici prije koristiti povratne informacije potrošača kako bi poboljšali kvalitetu karata, a ne kako bi uštedjeli pružajući kvalitetu na razini prije koncentracije.

S druge strane, u odluci *Nokia/NAVTEQ* poduzetnici nisu uvjerali Europsku komisiju da bi necjenovne koristi nastale nakon koncentracije bile specifikum predmetne koncentracije.⁹²

Zaključno, predmetni slučajevi jasno pokazuju pristup Europske komisije prema kojem se u cijelosti, ako dokazane ekonometrijskom analizom prihvaćaju cjenovne koristi koje će nastati nakon koncentracije, a koje će imati utjecaj na krajnje potrošače; dok za dokazivanje necjenovnih postoje velike poteškoće, koje ne uvažava Europska komisija.

Pružanjem informacija i izradom ekonometrijskih modela za potrebe dokazivanja koristi koje će proizaći iz koncentracija stavljen je ogroman teret dokazivanja na same poduzetnike, kojima u tim slučajevima nisu bili uvaženi niti različiti ekonomski modeli ponuđeni za dokazivanje necjenovnih koristi. Takav teret dokazivanja iziskuje znatna sredstva uložena od strane sudionika koncentracija u ekonomske analize, kao i uloženo vrijeme. To, prema mišljenju autora, predstavlja veliku (suvišnu) prepreku vertikalnom integriranju, a posebice kada se uzme u obzir stajalište Europske komisije izražene u Smjernicama da će “nehorizontalne koncentracije u principu znatno manje ograničiti tržišno natjecanje od horizontalnih koncentracija”⁹³, kao i da nehorizontalne koncentracije pružaju znatne koristi.⁹⁴

⁹⁰ *TomTom/Tele Atlas*, para. 247.

⁹¹ Competition Economists Group: Satellite Navigation deal tests European Commission's new vertical merger Guidelines, str. 4, www.ceg-europe.com (12. prosinca 2010.).

⁹² *Nokia/NAVTEQ*, para. 375.

⁹³ Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija, para. 11.

⁹⁴ *Ibid.*, para. 13.

Neki komentatori⁹⁵ zamjeraju Europskoj komisiji bezuvjetno dopuštanje provedbe koncentracije *Nokia/NAVTEQ*, smatrajući da je Europska komisija morala uvjetno dopustiti koncentraciju propisujući mjere kako bi zaštitila konkurentske proizvođače mobilnih telefona od zatvaranja uzlaznog tržišta karata od strane poduzetnika *Nokia*.

Suprotno tom stajalištu, autor misli kako je upravo moderniziran pristup u ocjeni koncentracija nakon donošenja Smjernica upravljen na zaštitu krajnjih potrošača, u odnosu na konkurente. To je također pomak u stajalištu Europske komisije, koja je do 2004. godine manje pažnje posvećivala potrošačima, a više zaštititi konkurenata.

6. ZAKLJUČAK

Učinkovito tržišno natjecanje donosi proklamirane koristi potrošačima, kao što su niže cijene, kvalitetniji proizvodi, veliki izbor proizvoda i usluga te inovacije. Europska komisija, nakon ekstenzivne, sofisticirane i ekonomskim analizama potkrijepljene analize *ex ante*, zabranjuje horizontalne i nehorizontalne koncentracije koje bi te koristi mogle uskratiti potrošačima znatnim povećanjem tržišne snage sudionika koncentracija.

Posebice vertikalne koncentracije poduzetnika pružaju njihovim sudionicima ostvarivanje ekonomija obujma i razmjera, sinergije, veću dinamičku učinkovitost, povećanje tržišne snage, širenje i rast kroz mogućnost ulaska na nova tržišta, pristup novim *inputima*, mogućnost proširivanja ponude, podjelu rizika i sl. Stoga većinu koncentracija regulatorna tijela dopuštaju, a onaj mali broj zabranjenih nije dopušten samo ako bi mogao proizvesti negativne učinke na tržišno natjecanje.

S obzirom na neznatni broj zabranjenih koncentracija uopće, upravo zbog činjenice da one u većini slučajeva ne mogu znatno ograničiti tržišno natjecanje, te zbog nepobitne činjenice da vertikalne koncentracije omogućavaju nastanak velikog opsega koristi, s posebnim naglaskom na inovacije, autor drži da ne postoji vjerojatnost da će na tržištu novih tehnologija u vrijeme prijave namjere koncentracije one proći na "SIEC-u" i trostrukom testu (sposobnosti/motiva/utjecaja), te će zbog toga biti zabranjene. Prethodno se potvrđuje i u dvjema recentnim odlukama Europske komisije o dopuštenosti vertikalnih koncentracija, koje su prikazane u ovom radu, između poduzetnika *TomTom/Tele Atlas* i *Nokia/NAVTEQ*.

⁹⁵ Van Bael & Bellis, *VBB on Competition Law*, br. 7, 2008., str. 7.

Autor misli da dokazi tomu leže prvenstveno u osnovnim karakteristikama tržišta novih tehnologija, koje je prvotno iznimno dinamično tržište te koje donosi nove proizvode na tržište u vrlo kratkom vremenskom razmaku, ostavljajući zastarjele tehnologije strelovitom brzinom zaboravu. Potencijal inovacija može, odnosno potpuno mijenja odnose među poduzetnicima, što je primjerice vidljivo u razvoju bežičnog interneta, koji je postao supstitut za “žičane” usluge.

Iako Europska komisija u svojim odlukama u predmetnim slučajevima nije stavila isključivu prevagu na pozitivne učinke navedenih koncentracija, već ih je dopustila dokazivanjem nepostojanja negativnih učinaka, prema mišljenju autora, inovacije bi trebale imati veće značenje od eventualnih negativnih učinaka pri ocjenama. Prvo jer pružaju neprocjenjivu korist potrošačima, a drugo, čak i da takve koncentracije nakon ocjene Europske komisije proizvedu negativne učinke na tržišno natjecanje, uvijek ostaje mogućnost uvjetnog dopuštanja vertikalnih koncentracija, odnosno mogućnost u konačnici kažnjavanja negativnih učinaka *ex post* na temelju članaka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

Nadalje, sofisticirane ekonometrijske analize u predmetima te dokazi koje takve analize donose, pokazuju na nepobitnu činjenicu ulaska i “vladanja” ekonomije, kao znanstvenog polja, u dijelu postupaka ocjena prijava namjera koncentracija, posebice u dijelu koji se odnosi na dokaze i na dokazivanje pozitivnih i negativnih učinaka koncentracije. Stoga pravnici u akademskim vodama i oni zaposleni u regulatornim tijelima te odvjetnici moraju biti spremni prihvatiti ekonomska načela, postavke te često komplicirane ekonometrijske modele (i njima ovladati) u ocjenama koncentracija. Sve to s ciljem pronalaženja dokaza temeljenih na ekonometrijskim analizama, poput onih koje koristi Europska komisija pri ocjenjivanju vertikalnih koncentracija. Ekonometrijske analize je dužno u svojem radu primjenjivati i hrvatsko regulatorno tijelo, počevši s imenovanjem glavnog ekonomista i uspostavom njegova ekonomskog tima. Pritom kontinuirano imajući na umu nužnost što kraćeg trajanja postupaka, odnosno brzine odlučivanja, koja je od iznimne važnosti za poduzetnike koji prijavljuju namjeru koncentracije.

Summary

Tea Jagić *

**ASSESSMENT OF VERTICAL MERGERS BY THE EUROPEAN
COMMISSION AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF THE
GUIDELINES ON THE ASSESSMENT OF NON-HORIZONTAL
MERGERS – on the example of decisions in cases *TomTom/Tele
Atlas* and *Nokia/NAVTEQ***

The author gives an outline of the development of legal rules, milestone decisions of the European Commission, and Court judgments regarding assessment of mergers in the European Union. The focus is on the modernised approach to assessment of mergers introduced in 2004. Further, the author clarifies the division of non-horizontal mergers into vertical and conglomerate mergers, along with their positive and potential negative effects, paying special attention to the assumption that the positive ones outweigh the negative. Using the examples of decisions reached in merger assessment procedures in the new technologies market between the entrepreneurs TomTom/Tele Atlas and Nokia/NAVTEQ, the author goes on to assess potential negative effects which may appear, according to the European Commission, after the implementation of these vertical mergers, even though the Commission stated in the decision that, ultimately, they could not significantly impede effective competition. Finally, considering the overall low number of banned mergers, which is largely due to their limited negative impact on competition, and taking into account the undisputed fact that vertical mergers produce significant benefits, particularly in terms of innovations, the author holds it unlikely that, especially in the new technologies market, at the time of merger notification, these mergers will pass the SIEC and three-tier tests (ability/motive/effect) and consequently be banned. Such mergers will produce benefits in terms of innovations and have positive effects on competition and, ultimately, on consumers.

Key words: non-horizontal mergers, vertical mergers, European Union, new technologies market, innovations

* Tea Jagić, LL. B., Assistant, Faculty of economics and business, University of Zagreb, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb

Zusammenfassung

Tea Jagić **

DIE BEWERTUNG VERTIKALER KONZENTRATIONEN DURCH DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION NACH INKRAFTTRETEN DER LEITLINIEN ZUR BEWERTUNG NICHTHORIZONTALER ZUSAMMENSCHLÜSSE (anhand der Beispiele der Entscheidungen TomTom/Tele Atlas und Nokia/NAVTEQ)

Der Autor bietet in diesem Beitrag einen Überblick über die Entwicklung der rechtlichen Regeln und wichtiger Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie der Gerichte bei der Bewertung von Zusammenschlüssen in der Europäischen Union, wobei der Schwerpunkt der Betrachtung auf dem modernisierten Bewertungsansatz seit dem Jahr 2004 liegt. Außerdem wird die Einteilung von nichthorizontalen in vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse erklärt wie auch ihre spezifischen positiven und möglichen negativen Auswirkungen mit besonderer Berücksichtigung der Annahme, dass die positiven Auswirkungen eines solchen Zusammenschlusses überwiegen. Des Weiteren erkennt der Autor anhand der Beispiele für Entscheidungen zur Bewertung von Zusammenschlüssen auf dem Markt für neue Technologien zwischen den Unternehmen TomTom/Tele Atlas und Nokia/NAVTEQ mögliche negative Auswirkungen, die nach Meinung der Europäischen Kommission nach Durchführung des jeweiligen vertikalen Zusammenschlusses eintreten könnten, obwohl diese letztendlich nach der Entscheidung der Europäischen Kommission einen wirksamen Wettbewerb nicht wesentlich behindern konnten. Vor dem Hintergrund der bisher geringen Anzahl von Konzentrationsverboten überhaupt und angesichts der Tatsache, dass sie in den meisten Fällen einen wirksamen Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen können, sowie aufgrund der unumstrittenen Tatsache, dass vertikale Zusammenschlüsse eine wesentliche Menge an Vorteilen ermöglichen, insbesondere bei Innovationen, sieht es der Autor – gerade auf dem Markt für neue Technologien – nicht als wahrscheinlich an, dass diese zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens die Kriterien des SIEC-Tests und des dreifachen Tests (der Fähigkeit/des Motivs/der Auswirkung) erfüllen und folglich untersagt werden. Solche Zusammenschlüsse werden Vorteile in Form von Innovationen zeitigen und positive Auswirkungen auf den Marktwettbewerb beziehungsweise letztendlich für den Verbraucher nach sich ziehen.

Schlüsselwörter: nichthorizontale Zusammenschlüsse, vertikale Zusammenschlüsse, Europäische Union, Markt für neue Technologien, Innovationen

** Tea Jagić, Assistentin an der Volkswirtschaftlichen Fakultät in Zagreb, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb